

VU Research Portal

De inrichtingsvrijheid als uitzondering?

de Roo, K.H.M.

published in

Maandblad voor Ondernemingsrecht
2018

DOI (link to publisher)

[10.5553/MvO/245231352018004304005](https://doi.org/10.5553/MvO/245231352018004304005)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Roo, K. H. M. (2018). De inrichtingsvrijheid als uitzondering? Naschrift. *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, 2018(3/4), 86-88. <https://doi.org/10.5553/MvO/245231352018004304005>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De inrichtingsvrijheid als uitzondering?

Naschrift

*Mr. K. H. M. de Roo **

Deze bijdrage is een naschrift bij de reactie van Lennarts op het pleidooi van de auteur voor de benoembaarheid van rechtspersonen als niet-uitvoerende bestuurder en als commissaris. De auteur bespreekt hoe Lennarts de rechtspersonenrechtelijke inrichtingsvrijheid miskent en hoe de door haar voorgestane inbreuk op de partijautonomie een sluitende rechtvaardiging mist.

1 Inleiding

In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift en op een andere plaats heb ik gepleit voor de mogelijkheid om rechtspersonen te benoemen als niet-uitvoerende bestuurders en als commissarissen.¹ Het doet mij genoegen dat Lennarts met betrekking tot deze beide onderwerpen de discussie aangaat. Ik ben de redactie erkentelijk voor de gelegenheid die mij geboden is op de door Lennarts geplaatste kanttekeningen commentaar te geven. Naar mijn inschatting is het verschil van inzicht tussen Lennarts en mijzelf terug te voeren op een verschillende opvatting over de rol van de partijautonomie in het rechtspersonenrecht. Laat ik dit toelichten.

2 Inrichtingsvrijheid: uitgangspunt of uitzondering?

Iedere rechtspersoon beschikt over de autonomie om zijn organisatie naar eigen inzicht in te richten binnen de grenzen die gesteld zijn door het recht.² Deze voor het rechtspersonenrecht fundamentele vrijheid van inrichting is een bijzondere uitdrukking van de zelfbestemmingsidee die aan het privaatrecht ten grondslag ligt.³ Mensen geven zelf gestalte aan hun rechtsbetrekkingen door aanwending van de rechtsfiguren die

het privaatrecht hun aanreikt. Dit geldt in de eerste plaats voor de onderlinge verhoudingen tussen personen. Partijen kunnen overeenkomsten sluiten en de in deze overeenkomsten op te nemen inhoud in samenspraak bepalen. Het uitgangspunt van de partijautonomie geldt eveneens in het rechtspersonenrecht. De oprichters, leden of aandeelhouders zijn vrij de inrichting van de door hen aangewende rechtspersoon naar eigen behoefte vorm te geven. Een verbod op rechtspersonen in het bestuur of in de raad van commissarissen breekt in op deze inrichtingsvrijheid. Dat is op zichzelf niet kwalijk, maar vereist wel rechtvaardiging. Er dient sprake te zijn van een legitieme reden om de partijautonomie te beperken.

Lennarts draait de zaken om. De centrale vraag die Lennarts zich stelt, luidt waarom het recht de benoeming van rechtspersonen in het bestuur en in de raad van commissarissen zou moeten 'faciliteren'.⁴ Het is belangrijk bij deze benaderingswijze stil te staan. Uit de vraagstelling van Lennarts lijkt namelijk de inmiddels lang verlaten gedachte te spreken dat rechtspersonen slechts bestaansrecht hebben voor zover de wetgever zich kan verenigen met de interne rechtspersoonsorganisatie die partijen voor ogen staat.⁵ De suggestie wordt gewekt dat alles in het rechtspersonenrecht verboden is, tenzij van een dringende praktijkbehoefte blijkt die kan rekenen op de zegen van de wetgever. Deze opvatting is niet de mijne. Ten eerste staat zij haaks op de in artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) tot uitdrukking gebrachte inrichtingsvrijheid en betekent zij derhalve de blote ontkenning van een wezenskenmerk van het geldende rechtspersonenrecht.⁶ Daarnaast vertrekt zij vanuit de aanname dat de wetgever alle mogelijke partijbehoeften kan kennen en voor precies deze

* Mr. K.H.M. de Roo is als promovendus verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. K.H.M. de Roo, Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder, *MvO* 2017, afl. 10-11, p. 250-252; K.H.M. de Roo, De rechtspersoon als commissaris, *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106-111.
2. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 m.nt. PvS (ASMI), r.o. 4.4.2 (iv); C.D.J. Bulten, De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid, *Ondernemingsrecht* 2014/94; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/219.
3. J.M. Blanco Fernández, noot bij HR 12 mei 2000, *JOR* 2000/145 (Geestelijk leider), onder 2; W.J.M. van Veen, Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit (ZIFO-reeks nr. 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 10.

4. M.L. Lennarts, The untouchables. Reactie op 'Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder', *MvO* 2018, afl. 3-4, par. 5, 6 en 7.

5. De laatste restanten van deze gedachte zijn met de afschaffing van de verplichte verklaring van geen bezwaar in 2010 uit de wet verdwenen (*Stb.* 2010, 280).

6. Zie voor art. 11 EVRM en de inrichtingsvrijheid T.J. van der Ploeg, De relatie tussen de vrijheid van godsdienst voor geloofsgemeenschappen op organisatorisch vlak en de vrijheid van vereniging, *NTKR* 2017, afl. 2, p. 203.

behoeften faciliteiten kan creëren.⁷ Dat een dergelijke absolute kennis over alle denkbare manifestaties van de concrete partijwil simpelweg onmogelijk is, pleit ervoor dat het oordeel over de wenselijkheid van benoemde rechtspersonen aan partijen zelf wordt gelaten.⁸ Bovendien gaat de opvatting in tegen de bredere ontwikkeling naar een flexibeler rechtspersonenrecht, waarvan onder meer de Flex-BV en de rechtspersonenrechtelijke doorwerking van stemovereenkomsten exponenten zijn. Het staat eenieder vanzelfsprekend vrij de mening te betrekken dat de inrichtingsvrijheid niet een uitgangspunt maar slechts een uitzondering moet zijn. De aanvaardbaarheid van deze mening is mijns inziens echter twijfelachtig, nu zij de rol van de partijautonomie onnodig reduceert tot een door de wetgever toe te kennen privilege.

Dat ik niet instem met de benaderingswijze van Lennarts wil evenwel niet zeggen dat ik haar zorgen omtrent verantwoording en transparantie binnen rechtspersonen niet deel. Lennarts vraagt terecht aandacht voor de moeilijkheden die het benoemend orgaan kan ondervinden ingeval de benoemde rechtspersoon onvoldoende transparant is over de natuurlijke personen die bij zijn ambtsvervulling betrokken zijn. Uiteindelijk zullen natuurlijke personen voor verantwoording beschikbaar moeten zijn, wil er iets van verantwoording terechtkomen.⁹ Deze door Lennarts als kernprobleem betitelde verantwoordingskwestie begrijp ik en onderken ik.¹⁰ Onze wegen scheiden echter waar het de rol van de wetgever betreft. Het is heel wel mogelijk dat het benoemend orgaan een rechtspersoon onvoldoende transparant acht en omwille van de verantwoordingsrelatie natuurlijke personen prefereert. In dat geval kan het benoemend orgaan een natuurlijke persoon benoemen of een vaste vertegenwoordiger benoemen.¹¹ Een verbod op de benoembaarheid van rechtspersonen schiet dit doel echter voorbij. Een verbod zou namelijk betekenen dat ook waar wél behoefte bestaat aan een rechtspersoon, partijen deze keuze door de wet wordt onthouden.¹² Lennarts blijft

een sluitende rechtvaardiging voor een dergelijke vorm van *regulatory overreach* schuldig.

3 Een middenweg: het verbod op de rechtspersoon-commissaris als regelend recht?

Interessant is dat Lennarts in haar reactie een mogelijke middenweg suggereert, waar het gaat om het verbod op de rechtspersoon-commissaris. Zij wijst op het recente pleidooi van De Jongh, Stokkermans en Rensen om de materiële definitie van de raad van commissarissen te vervangen door een formele definitie.¹³ Een raad van commissarissen is in een dergelijk stelsel slechts dan een raad van commissarissen, wanneer statutair voor het wettelijk model wordt geopteerd. De gedachte lijkt dat dit voorstel voldoende kou uit de lucht zou kunnen halen. Lennarts wijst er namelijk (terecht) op dat in dit stelsel de mogelijkheid bestaat een toezichtsorgaan in te stellen waarvan rechtspersonen lid zijn. Dit orgaan zou echter geen raad van commissarissen mogen heten, omdat volgens deze regeling in een raad van commissarissen slechts natuurlijke personen kunnen zetelen.

Laat ik vooropstellen dat de verdedigde formele definitie blootlegt dat er kennelijk behoefte bestaat aan interne toezichthouders met rechtspersoonlijkheid. Dat ook Lennarts dit gegeven erkent, werkt relativerend uit voor haar bewering dat de praktijk van de rechtspersoon-commissaris geen gebruik zou willen maken.¹⁴ Dat het verbod op de rechtspersoon-commissaris langs deze weg tot regelend recht wordt gemaakt, acht ik echter eveneens onwenselijk. Ook van regelend recht gaat een zekere dwang uit.¹⁵ Partijen kunnen volgens het voorstel weliswaar vrijelijk kiezen voor een raad van commissarissen, maar even voorbij deze initiële keuzevrijheid ligt een wettelijk voorgeschreven mal, waarnaar men zich zal moeten voegen. De dringende noodzaak van een wetgever die partijen op deze wijze enigszins dwingend aan de hand neemt, ontgaat mij.¹⁶ Indien partijen dit wensen, kunnen zij een toezichtsorgaan met natuurlijke personen zelf vormgeven. Daar hebben zij de wetgever niet voor nodig. In algemene zin zie ik bovendien weinig heil in het voorgestelde wettelijke stelsel. Modelstatuten kunnen de beoogde rol van standaardregeling al vervullen en wel zonder een obligaat woordenspel te veroorzaken over de naam van het toezichtsorgaan.

4 Conclusie

In haar reactie stelt Lennarts dat ik haar niet heb kunnen overtuigen van de noodzaak voor de wetgever om de niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurder en de rechtspersoon-commis-

7. Dit verklaart tevens dat Lennarts veel waarde hecht aan de door mij gesuggereerde voordelen van de benoemde rechtspersoon (Lennarts 2018, par. 7). Lennarts vermeldt niet dat dit een enuntiatieve opsomming betrof.
8. F.A. Hayek, *The use of knowledge in society*, *The American Economic Review* (35) 1945, afl. 4, p. 524.
9. Dit probleem wordt reeds bestreden door de nietigheid van de benoeming van de bestuurde rechtspersoon als bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder van de bestuurde rechtspersoon (P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 88). Hetzelfde behoort *mutatis mutandis* te gelden ten aanzien van de rechtspersoon-commissaris.
10. Ik zou menen dat de verantwoordingskwestie ook geldt voor uitvoerende bestuurders met rechtspersoonlijkheid. Tegen deze figuur heeft Lennarts kennelijk geen bezwaar.
11. Dit geldt ook voor de oprichter(s).
12. Lennarts wijst erop dat buitenlandse rechtsstelsels voor een verbod geopteerd hebben. In dit kader verdient vermelding dat ook in recente buitenlandse literatuur gewezen is op de voordelen van rechtspersonen als bestuurders, in het bijzonder waar het gaat om de professionalisering die hiermee bereikt kan worden (P. del Val Talens, *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital* (diss. Valencia), Madrid: Marcial Pons 2017, p. 68-72; S.M. Bainbridge & M.T. Henderson, *Outsourcing the board*, Cambridge: Cambridge University Press 2018).

13. J.M. de Jongh, *Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvucht*, *Ondernemingsrecht* 2017/102, p. 573-574; Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, *Flexibiliteit in bestuur en toezicht*, *WPNR* 2017/7176, p. 1023.
14. Lennarts 2018, par. 6.
15. F. Möslin, *Dispositives Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 69-74.
16. Dit wil niet zeggen dat standaardbepalingen in algemene zin zonder nut zijn. Een voordeel van standaardbepalingen is dat zij in rechtseconomische termen de onderhandelingskosten van partijen reduceren (F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, *The corporate contract*, *Columbia Law Review* (89) 1989, p. 1444-1445).

saris te faciliteren. Op haar beurt heeft Lennarts mij niet kunnen overtuigen van de noodzaak om partijen een deel van hun inrichtingsvrijheid te ontnemen. Dat partijen omwille van de verantwoordingskwestie behoefte kunnen hebben aan natuurlijke personen in het bestuur en in de raad van commissarissen staat niet ter discussie. Het is echter niet aan de wetgever om de behoeften van partijen voor te schrijven.